SächsVBl. 11/2020
Sächsische Verwaltungsblätter
Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

ABHANDLUNGEN

Nächste Epidemie Grippe? – Zum Ausstieg aus der Corona-Pandemie

Von Rechtsanwalt Dirk Wüstenberg, Offenbach a.M.

Die Krankheit COVID-19 ist im Vergleich mit der gewöhnlichen Grippe keine wesentlich schlimmere. Die öffentliche Gesundheitsversorgung ist nicht kollabiert. Nichtsdestotrotz dauert der Lockdown des öffentlichen Lebens in einzelnen Bereichen noch an und bedeutet vereinzelt massive Grundrechtseingriffe. Was müssen die Länder beim Ausstieg aus diesem COVID-19-Zustand sowie bei einer nächsten Grippewelle beachten?

I. Pandemie

Die Gesetzgebungskompetenz für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“[1] steht als konkurrierende dem Bund zu; Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Dieser hat im Jahr 2000 das Infektionsschutzgesetz[2] erlassen, welches sowohl im Fall der Influenza als auch im Fall von COVID-19 greift (§ 2 Nr. 2, Nr. 3 IfSG). Für nicht übertragbare und nicht gemeingefährliche Krankheiten besteht eine Gesetzgebungskompetenz der Länder; Art. 30 GG. Sachlich zuständig nach dem Infektionsschutzgesetz sind 1. die Behörden nach Landesrecht (§ 28 Abs. 1 Satz 1, § 54 Satz 1 IfSG) für den Erlass von Verwaltungsakten und Allgemeinverfügungen (d. h. Kreisverwaltungsbehörde [Gesundheitsamt] oder Ministerium für Gesundheit), 2. die Landesregierung[3] für den Erlass von Rechtsverordnungen[4] (§ 32 Satz 1, 2 IfSG) und/oder – seit 28.03.2020 – 3. das Bundesministerium für Gesundheit im Fall einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ (§ 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG; nationale Pandemie).[5]

1. Definition

Epidemie und Pandemie sind Begriffe zur Umschreibung der Quantität der Ausbreitung. Treten Krankheitsfälle zeitlich und örtlich aufgrund einer einheitlichen Ursache innerhalb einer menschlichen Population zahlenmäßig vermehrt auf, bezeichnet man die verursachte Krankheitsausbreitungslage als Epidemie. Eine Epidemie mit einem sehr großen, tendenziell weltweiten Ausbruchsterritorium wird als Pandemie bezeichnet. Die Schwere des Krankheitsverlaufs spielt keine Rolle. Es reicht, dass viele Menschen erkranken. Der Begriff Pandemie bedeutet dem Wortsinn nach: „das gesamte Volk [betreffend]“[6].

Tritt eine Epidemie im gesamten Bundesgebiet auf (nationale Pandemie), ist der Staat gefordert, die Gewährleistung der öffentlichen Gesundheitsversorgung abzusichern; i.E. Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Einführung der Zuständigkeit des Bundesgesundheitsministeriums (§§ 5, 5 a IfSG 2020) lag demzufolge die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, dass das Gemeinwesen zusammenbrechen könnte. „Das aktuelle Ausbruchsgeschehen der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Krankheit COVID-19 zeigt, dass im seuchenrechtlichen Notfall das Funktionieren des Gemeinwesens erheblich gefährdet sein kann. In einer sich dynamisch entwickelnden Ausbruchssituation kann für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik durch eine sich grenzüberschreitend ausbreitende übertragbare Krankheit eine erhebliche Gefährdung eintreten, der nur begrenzt auf Landesebene begegnet werden kann.“[7] Das Funktionieren des Gemeinwesens ist mehr als das Funktionieren des Systems der Gesundheitsversorgung mittels Krankenhäusern. Nicht nur die Krankenhäuser, sondern auch die Vertragsärzte sind einbezogen,[8] auch die Versorgung des Einzelnen, die Materialbeschaffung, der Schutz des medizinischen und pflegerischen Personals sowie die Beschränkungen der Reisefreiheit innerhalb Deutschlands und von und nach Deutschland zwecks Reduzierung der Anzahl der Ansteckungen. Das Infektionsschutzgesetz bezieht sich umfassend, aber auch ausschließlich auf das gesundheitliche Gemeinwesen. § 28 IfSG berechtigt die zuständige Behörde, umfassend zu handeln: „*Man muss eine generelle Ermächtigung in das Gesetz aufnehmen, will man für alle Fälle gewappnet sein.*“[9]

1 Zu unterscheiden sind die für die Allgemeinheit wegen der Schwere gefährlichen und die für die Allgemeinheit wegen der Ausbreitung gefährlichen Krankheiten.
2 BGBl. I 2000 S. 1045.
3 In Sachsen nach § 32 Satz 2 IfSG i. V. m. Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG i. V. m. § 7 Verordnung der Sächsischen Staatsregierung und des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zur Regelung der Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz und für die Kostenerstattung für Impfungen und andere Maßnahmen der Prophylaxe vom 09.01.2019 (SächsGVBl. 2019 S. 83), durch Verordnung vom 13.03.2020 (SächsGVBl. 2020 S. 82) geändert, das Staatsministerium für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt.
4 In Sachsen zuletzt die Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 (Sächsische Corona-Schutz-Verordnung – SächsCoronaSchVO) vom 14.07.2020 (SächsGVBl. 2020 S. 367), gültig vom 18.07.2020 bis 31.08.2020. Zur Zuständigkeit Fn. 2.
5 BGBl. I 2020 S. 587; BT-Drs. 19/18111; BT-Drs. 19/18156; BT-Drs. 19/18168.
6 πᾶς δῆμος.
7 BT-Drs. 19/18111, 1 und 14.
8 BGBl. I 2020 S. 580; BT-Drs. 19/18112; BT-Drs. 19/18151; BT-Drs. 19/18163.
9 BT-Drs. 8/2468, 27 zu § 34 Bundesseuchengesetz (Vorgängerregelung zu § 28 IfSG).

2. Beginn der Pandemie

Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite tritt ein, wenn der Deutsche Bundestag den Eintritt feststellt, § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Die Feststellung im Corona-Fall erfolgte am 25.03.2020. Auf den vorherigen Ausruf einer Pandemie durch die WHO kommt es nicht an; das Infektionsschutzgesetz stellt nicht auf Entscheidungen der WHO ab. Von Kritikern wurde vereinzelt vorgetragen, dass die WHO die Corona-Pandemie am 11.03.2020 zu Unrecht ausgerufen hat, weil sie ihre Feststellung auf eine falsche, nämlich im Jahr 2005 geänderte Pandemiedefinition gestützt habe. COVID-19 sei statistisch keine gefährliche Krankheit, doch eine Pandemie setze, wie in der Zeit vor 2005, die Gefährlichkeit der Krankheit voraus. Der Einwand greift nicht. Zum einen hatte die WHO nicht die Definition, sondern die Einteilung der Phasen einer Pandemie geändert.[10] Zum anderen bedeutet schon der Begriff Pandemie nicht, dass die Krankheit bei vielen Erkrankten schwerwiegende Folgen verursacht. Drittens entscheidet der Bundestag unabhängig von der WHO. Die Corona-Pandemie begann in Deutschland im März 2020. Ab Mitte März wurden die Länder aktiv (nach §§ 32, 28 IfSG), ab dem 28.03. der Bund (nach §§ 5, 5 a IfSG).

3. Ende der Pandemie

Auch das Ende der Pandemie beschließt der Deutsche Bundestag, § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG. Bereits drei Monate nach dem Beginn der Corona-Pandemie gemäß § 5 IfSG wurde im Bundestag ein Antrag zur Beendigung der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit eingebracht. Der Bundestag möge beschließen: *„Die Voraussetzungen für die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne des § 5 Abs. 1 IfSG liegen nicht mehr vor. Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 25.03.2020 wird aufgehoben."*[11] In der Begründung heißt es zutreffend: *„Vor allem in den Monaten März und April 2020 drohte eine Überlastung des Gesundheitswesens, sodass auf allen staatlichen Ebenen Schutzmaßnahmen ergriffen werden mussten. ... Die epidemische Lage von nationaler Tragweite wurde festgestellt, weil eine Epidemie den weit überwiegenden Teil des Bundesgebietes erfasst hatte und weil die Stabilität des öffentlichen Gesundheitssystems und damit die Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen gefährdet war. Die Gefahr einer solchen Destabilisierung besteht aktuell nicht mehr. Statt einer dynamischen Entwicklung erleben wir ein tendenziell abnehmendes Infektionsgeschehen mit lokalen Ausbruchs-Hotspots. Die Infektionszahlen sind insgesamt drastisch zurückgegangen. Eine Überlastung des Gesundheitssystems kann gegenwärtig und für die nahe Zukunft ausgeschlossen werden. Derzeit sind 35 Prozent der Intensivbetten frei ..."*[12] Unabhängig vom Zeitpunkt des Endes der epidemischen Lage von nationaler Tragweite tragen die Landesregierungen bzw. Landesgesundheitsministerien/Kreisbehörden weiterhin die volle Verantwortung für die durch sie auf der Landes- und Kommunalebene aufgezeigten Grundrechtseingriffe.

Um ein insgesamt in sich stimmiges, widerspruchsfreies Behördenverhalten zu erreichen, bedarf es des Vergleichs von COVID-19 mit anderen Infektionskrankheiten, insbesondere mit der Influenza. Der Rechtsbegriff „epidemische Lage" markiert für die gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung keine Maßgaben.

II. Vergleich COVID-19 und Influenza

Maßnahmen nach §§ 32, 28 IfSG setzen voraus, dass ein Krankheits- oder Ansteckungsverdacht von Amts wegen mit gewisser Wahrscheinlichkeit festgestellt wird. Je geringer die Wahrscheinlichkeit eines Schadens und je kleiner der Schaden, desto höhere Anforderungen sind an diese Feststellung zu stellen. Der Maßstab für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Krankheit („Ob" der Krankheit) und der Maßstab für die Beurteilung der durch die Krankheit verursachten Schäden („Wie" der Krankheit) ist derselbe, und zwar ein flexibler. *„Für die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckungsgefahr gilt ... kein strikter ... Maßstab ... Vielmehr ist der im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht geltende Grundsatz heranzuziehen, dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist ... Im Falle eines hochansteckenden Krankheitserregers, der bei einer Infektion mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer tödlich verlaufenden Erkrankung führen würde, drängt sich angesichts der schwerwiegenden Folgen auf, dass die vergleichsweise geringe Wahrscheinlichkeit eines infektionsrelevanten Kontakts genügt ..."*[13] Es kommt auf die zu erwartenden Schäden beim einzelnen Patienten an. Im COVID-19-Fall war frühzeitig klar, dass die Krankheit hochansteckend ist und dass die Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Verlaufs gering ist. Als Sterblichkeitsrate wurden anfangs bis zu fünf Prozent prognostiziert. Schnell klar geworden war auch, dass die Genesenen voraussichtlich keine schwerwiegenden Folgeschäden davontragen (genesen = gesund). Die Krankheit COVID-19 kann und musste somit mit der Influenza verglichen werden. Denn für diese Krankheit gelten in etwa die gleichen Erfahrungswerte.

1. Evolution und Kennzahlen

Zu den medizinischen Fakten beider Krankheiten: Virenarten verändern ihre Gene ständig. Jedes Jahr gibt es neue Virenarten. Coronaviren sind seit Jahrzehnten bekannt. Auch in Deutschland gibt es sie. Die jahreszeitlichen Hauptaktivitäten der verschiedenen Virengruppen wie Grippeviren, Coronaviren, Enteroviren (Polioviren u. a.) differieren. Grippeviren sind auf der nördlichen Hälfte unseres Planeten vornehmlich in der Zeit von November bis März aktiv, die Coronaviren sind es zumeist in der Zeit von Dezember bis April. In jedem Winter ist eine erhöhte Rate an Grippeerkrankungen zu verzeichnen (Grippewelle). Während dieser Zeit ist die Sterblichkeitsrate durch akute Atemwegserkrankungen erhöht. Verursacher der Grippewellen waren schon immer Influenza- und Coronaviren, jedoch bisher nicht das Virus SARS-CoV-2. Das Argument, dass irgendwo auf der Welt ein neues Virus aufgetaucht ist und sich unkontrolliert verändern kann und dass die Menschen auf dieses Virus wegen dieser Neuartigkeit nicht vorbereitet seien, ist ein relatives. Ein Kontakt mit einem neuen Virus kommt in der Menschheitsgeschichte häufig vor. Diese Tatsache ist langfristig Voraussetzung eines guten Immunsystems der Menschheit und gleichsam Naturgesetz der Evolution. Ein Impfstoff hilft dem Einzelnen.

Die meisten Menschen überleben die Infektion mit einem Grippe- oder Coronavirus. Die Grippewellen in Deutschland werden von der Arbeitsgemeinschaft Influenza (AGI) des Robert Koch-Instituts (RKI)[14] grafisch auf einer Deutschlandkarte dargestellt. Anhand der erstellten Diagramme[15] lässt sich ablesen, dass die Anzahl der an das RKI übermittelten Influenza-Infektionsfälle in 2015/2016 bei 71 086 Krankheitsfällen (225 Todesfällen) lag, in 2016/2017 bei 114 158 (717), in 2017/2018 bei 333 567 (1 665), in 2018/2019 bei 181 360 (914) und in 2019/2020 bei 186 919 (518).[16]

10 *Krause*, Panik oder Pandemie?, Deutschlandfunk v. 27.01.2010.
11 BT-Drs. 19/20046, 1.
12 BT-Drs. 19/20046, 2; erste Lesung BT-PlProt. 19/166, 20675; erg. BT-Drs. 19/20042.
13 BVerwG, Urt. v. 22.03.2012, BVerwGE 142, 205 = NJW 2012, 2833.
14 § 4 IfSG.
15 Unter https://influenza.rki.de/Diagrams.aspx?agiRegion=0.
16 Unter https://de.statista.com/infografik/13040/woechentliche-influenzafaelle-in-deutschland.

Die Zahlen schwanken von Jahr zu Jahr. Die Sterblichkeitsrate liegt zwischen 0,25 und 0,65 % maximal (mit Dunkelziffer). Die vom RKI bezüglich COVID-19 veröffentlichten Zahlen lauten mit Stand vom 03.08.2020: bisher 210 402 Infektionsfälle (9 148 Todesfälle).[17] Diese Zahlen allein haben kaum einen Aussagewert. Korrekte Zahlen und Relationen betreffend Epidemien sind anhand von vier Kennzahlen zu errechnen: 1. der Populationsgröße (in Deutschland rund 83 Millionen Menschen), 2. der Zahl der Infizierten (in Deutschland laut RKI-Zahlen in 2020 Anfang August rund 210 000), 3. der Zahl der Erkrankten (vom RKI nicht ermittelt) und 4. der Zahl der Verstorbenen (rund 9 200).

2. Die Zahl der Infizierten

Die vom RKI veröffentlichte Anzahl der ihm gemeldeten Infizierten in Deutschland ist nicht die Zahl der tatsächlich Infizierten. Über die Größe des Krankheitsausbruchs sagt aber, erstens, nur die Anzahl der dem RKI gemeldeten plus der Anzahl der dem RKI nicht gemeldeten Fälle (Dunkelziffer) etwas aus.

Die Zahl der gemeldeten Fälle beruht hauptsächlich auf COVID-19-Tests. In dem Zahlenwerk des RKI fehlt zweitens die Berücksichtigung der Misserfolgsquote der Tests. Die eingesetzten PCR-Tests sind technikbedingt überempfindlich. Es besteht das Risiko, dass Infektionen ermittelt werden, die es gar nicht gibt. Die Fachbegriffe heißen Sensitivität und Spezifität.[18] Zum jetzigen Zeitpunkt sind die eingesetzten Corona-Tests nicht sicher. Dies bestätigt das RKI am 14.07.2020 auf seiner Website: „*Für die Antikörperbestimmung gibt es kommerzielle Testsysteme, deren Spezifität und Sensitivität in Studien belegt sein müssen. Zum jetzigen Zeitpunkt können diese Testformate jedoch nicht abschließend beurteilt werden.*“[19] Die Anzahl der prozentual positiv getesteten Personen beträgt konstant anfangs etwa 7 bis 9 %, inzwischen rund 3 %.[20] Die (wahre) Erfolgsquote ist nicht bekannt.

Drittens sagt die Zahl der positiv getesteten Infizierten rein gar nichts aus, wenn man nicht auch die Zahl der durchgeführten Tests mitteilt und berücksichtigt (also beide Zahlen in Relation setzt) und/oder wenn die Testdurchführung nicht repräsentativ ist. Derjenige, der 100 000 Menschen testet, kommt zu einer Anzahl von Infizierten, die ein Drittel so groß ist wie die Anzahl, welche von demjenigen ermittelt wird, welcher 300 000 Menschen testet.[21] Das RKI gab für den Zeitraum 09. bis 15.03. (11. Kalenderwoche) eine bis dahin errechnete absolute Zahl von insgesamt 7 582 Corona-Infizierten und für den Zeitraum 16. bis 22.03. (12. Kalenderwoche) eine Zahl von 23 820 an – eine Steigerung binnen einer Woche auf das Dreifache. In dieser Zeitspanne stieg auch die Anzahl der durchgeführten Tests, und zwar von 127 457 in der Kalenderwoche 11 auf 348 619 in der Kalenderwoche 12[22], d. h. auf ebenfalls das Dreifache. Es gab also keinen exponentiellen Anstieg zwischen der 11. und 12. Kalenderwoche; die Prozentzahlen 3,09 und 3,95 % sind nahezu gleich. Dennoch entschied die Politik Mitte März auf der Grundlage des vom RKI veröffentlichten, einen exponentiellen Anstieg suggerierenden Zahlenmaterials.[23]

Entscheidend sind zudem, viertens, nicht die angehäuften Zahlen, sondern diejenigen einer jeden Woche. Für die Kalenderwochen 11 bis 20 (09.03. bis 17.05.2020) ergibt sich aus den Angaben des RKI eine wöchentliche Zahl erstmals gemeldeter Infektionsfälle von 3 936, 13 772, 33 937, 39 167, 28 765, 19 418, 14 278, 8 321, 6 722, 5 137.[24] Die Anzahl der durchgeführten Tests in diesen Kalenderwochen beträgt 127 457, 348 619, 361 515, 408 348, 380 197, 331 902, 363 890, 326 788, 403 875, 432 666.[25] Diese Zahlen berücksichtigend, ergeben sich für diese Zeitspanne Neuinfektionsquoten von 3,09, 3,95, 9,39, 9,59, 7,57, 5,85, 3,92, 2,55, 1,66 und 1,19 % der Testgruppe. Auch diese Zahlen bilden die Realität noch nicht ab; denn die Tests wurden vornehmlich dort durchgeführt, wo die Tests nachgefragt wurden. Nachgefragt wurden sie hauptsächlich von Personen, die einen Anfangsverdacht hatten. Die veranschlagten Prozentzahlen sind zu hoch.

Fünftens wurde seitens des RKI und der Politik nicht zwischen den Infizierten und den Erkrankten unterschieden. Der Begriff „Krankheitsausbruch“ bedeutet eine hohe Zahl der Erkrankten, nicht der Infizierten; vgl. § 2 Nr. 4 IfSG. Ziel der Pandemie-Gesetzgebung war es, mit den §§ 5, 5 a IfSG für den seuchenrechtlichen Notfall gerüstet zu sein und das Funktionieren des Gemeinwesens vor erheblicher Gefährdung zu schützen (s. o.). Ein derartiger Notfall aber kann nur eintreten, wenn die Anzahl der Erkrankten hoch ist. Die Zahl der Infizierten, welche keine Krankheitssymptome zeigen, und die Zahl der Genesenen sind für das Entstehen eines nationalen Notfalls ohne Aussagekraft. Die Zahl der Infektionen (§ 2 Nr. 2 IfSG) kann allenfalls die politischen Entscheidungen in den ersten Wochen stützen (vermutete Gefahr), im Fall der Corona-Pandemie bis zum 19.04.2020. Danach müssen die tatsächlichen Zahlen der Erkrankten ermittelt (reale Gefahr) und anstelle der Zahlen der Infizierten herangezogen werden. Sonst bekämpft der Staat womöglich eine nicht vorhandene Seuche, vielmehr sozusagen lediglich Einzelfälle.

Die Zahl der COVID-19-Erkrankten liegt deutlich unter derjenigen, die bezüglich der gewöhnlichen Influenza gemeldet wird: Im Corona-Jahr 2020 (sechs Monate von Ende Januar bis Anfang August) wurden knapp 250 000 positiv Getestete registriert. Dies entspricht etwa 200 000 positiv getesteten Personen in den ersten fünf Monaten.[26] Bei einer willkürlich geschätzten Erkrankungsrate von 50 % ergäbe dies 100 000 Erkrankte in fünf Monaten. Im Grippejahr 2019/2020 (fünf Monate) wurden 186 919 Infektions- und damit Krankheitsfälle gemeldet (s. o.) – also deutlich mehr. An diesem Ergebnis ändert die Tatsache nichts, dass die Zahl der in diesen fünf Monaten registrierten COVID-19-Erkrankten wegen der Schutzmaßnahmen (Lockdown) so niedrig lag. Ohne die Schutzmaßnahmen in der Zeit

17 Unter https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie_in_Deutschland; https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html.

18 Beide „*sind Gütekriterien eines diagnostischen Tests/Verfahrens. Unter Sensitivität versteht man den Prozentsatz richtiger, positiver Ergebnisse eines Untersuchungs-/Testverfahrens beim Vorhandensein der gesuchten Krankheit/Störung, d. h. werden von 100 Erkrankten 90 mittels des Verfahrens erkannt, so hat das Verfahren eine Sensitivität von 90 %. Die restlichen 10 % sind sog. falsch-negative. Unter Spezifität eines solchen Verfahrens versteht man den Prozentsatz von negativen Ergebnissen z. B. ‚kein Befund', die man für nicht von dieser Krankheit/Störung Betroffenen erhält. Sensitivität (richtig-positive) + falsch-negative = 100 %, Spezifität (richtig-negative) + falsch-positive = 100 %. Wie hoch Sensitivität und Spezifität eines Verfahrens sind, hängt außer von der Trennschärfe des Verfahrens auch von der Festlegung des Trennkriteriums ab*“, so das RKI; https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Gesundheitsberichterstattung/Glossar/gbe_glossar_catalog.html?cms_lv2=3686306; vgl. *Rohwedder*, Corona-Tests – Wie genau ist genau genug?, tagesschau.de v. 23.06.2020.

19 https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html.

20 In der Kalenderwoche 29 (Mitte Juli) gab es bei 531 571 Tests 1687 gemeldete Neuinfektionen (Quote 0,32 %).

21 Bei repräsentativer Testpersonenauswahl bleibt die Quote gleich. Bei nicht repräsentativer Testpersonenauswahl taugt das Zahlenmaterial wegen fehlender Repräsentation nicht.

22 Unter https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie_in_Deutschland.

23 Vgl. SächsOVG, Beschl. v. 30.04.2020 – 3 B 148/20: „Diese Prognose gilt nach sachverständiger Einschätzung allerdings nur, wenn auf die derzeitige Lockerung nicht wieder ein exponentieller Anstieg der Neuinfektionen folgt. Dann sei die Berechnung hinfällig ...“

24 Unter https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie_in_Deutschland/Statistik#Tages-Statistik_der_gemeldeten_kumulierten_Inzidenz_nach_Bundesl%C3 %A4ndern.

25 Fn. 22.

26 Die Quote positiver Testergebnisse liegt bei inzw. rund 3,0 %. Anfangs waren es bis zu 9 %.

von März bis August läge die Quote der Erkrankten auch nach all den obigen Zahlenkorrekturen (Dunkelziffer, Misserfolgsquote der Tests, Relation zur Testanzahl, Fälle pro Woche statt angehäufte Fälle) sicherlich entweder niedriger als die der Grippeerkrankten oder gleich hoch oder geringfügig höher. Es ist die Aufgabe der zuständigen Behörde, für eine fundierte Datenlage zu sorgen. Andernfalls besteht die Möglichkeit ungerechtfertigter Grundrechtseingriffe.

3. Zahl der Verstorbenen

Die Anzahl der (an Corona) Verstorbenen ist die Zahl der (mit Corona) Gestorbenen geteilt durch die Zahl der tatsächlich Infizierten. Teilt man eine Zahl durch eine wesentlich kleinere Zahl (hier der bloß gemeldeten Infektionsfälle), ergibt sich eine falsch ermittelte und viel höhere Anzahl (Sterberate) als real tatsächlich gegeben.

Weiterhin wurde seitens des RKI nicht zwischen den Personengruppen „gestorben an Corona“ und „gestorben mit Corona“ unterschieden. Wer heute im Labor Corona-positiv getestet wurde, ist ab sofort ein Infizierter. Wird dieser Mensch morgen von einem Auto überfahren, geht er in die Statistik als Corona-Infizierter und automatisch zugleich als Corona-Toter ein. In der vom RKI erstellten Statistik wird nicht nach der den Tod auslösenden Krankheit unterschieden. Insbesondere wertet das RKI nicht die Angaben aus, welche in den Sterbeurkunden stehen. Sondern das RKI setzt die Existenz des Coronavirus mit der den Tod auslösenden Ursache gleich. Stimmt aber die offizielle Zahl der Corona-Toten nicht mit der tatsächlichen Zahl der durch das Coronavirus kausal verstorbenen Menschen überein, weil die Verstorbenen an allen möglichen Ursachen gestorbenen sein können, ist die Statistik über die Sterberate frei von jeglichem Kausalzusammenhang.

Drittens sagt die Anzahl der dem RKI gemeldeten Sterbefälle nichts über die sog. Übersterblichkeit der Krankheit aus. Übersterblichkeit ist ein demografischer und medizinischer Begriff und bezeichnet eine im Vergleich zur Empirie oder zu Erwartungswerten anderer Krankheiten wie der Influenza erhöhte Sterberate (Mortalität). Der Vergleich zweier Krankheiten erfolgt einerseits mit Bezug auf eine beliebig abgegrenzte Zeitspanne (z. B. Monat), andererseits mit Bezug auf eine bestimmte Bevölkerungsgruppe (z. B. Kinder, Senioren). Bei der Krankheit Influenza gab es, sofern überhaupt, eine im Verhältnis zu den üblichen Grippewellen bestehende Übersterblichkeit allenfalls im Jahr 2017/2018. Bei COVID-19 ist eine Übersterblichkeit im Vergleich zu anderen Corona-Jahren nicht möglich und im Vergleich zur Influenza nicht ersichtlich. Die Sterberate bei der Influenza beträgt zwischen 0,1 oder 0,25 und 0,65 % (s. o.), diejenige bei COVID-19 durchschnittlich 0,2 %.[27] Das Sächsische Oberverwaltungsgericht hält fest: *„Es spricht nach alledem Einiges dafür, dass die Tatsache, dass in Deutschland bislang keine Übersterblichkeit festzustellen ist, insbesondere darauf zurückzuführen ist, dass hier rechtzeitig Maßnahmen zur Eindämmung der Verbreitung des Virus SARS-CoV-2 unternommen worden sind.“*[28] Setzt man hingegen die Infektionsfallzahl laut RKI (z. B. 204 000 von Anfang August) und die Sterbezahl laut RKI (z. B. 9 200 von Anfang August) in Relation, so erhält man eine Sterberate von ca. 4,5 % (statt 0,2 %).

Die öffentliche Gesundheitsversorgung steht nicht vor dem Zusammenbruch; vgl. die Begründung zum Antrag auf Beendigung des Status Epidemie von nationaler Tragweite.[29]

4. Übertragungsgeschwindigkeit

Der einzig gesicherte Unterschied beider Krankheiten besteht in der Übertragungsgeschwindigkeit. Das Coronavirus ist hochansteckend.[30] Es überträgt sich *„bei direkten persönlichen Kontakten im Wege einer Tröpfcheninfektion oder über Aerosole, bestehend aus kleinsten Tröpfchenkernen, die längere Zeit in der Umgebungsluft schweben und sich z. B. in Innenräumen anreichern und größere Distanzen überwinden können, besonders leicht von Mensch zu Mensch ... Grundsätzlich ist die Wahrscheinlichkeit einer Exposition gegenüber Tröpfchen und Aerosolen im Umkreis von 1 bis 2 Metern um eine infizierte Person herum erhöht.“*[31] Die Geschwindigkeit der Ausbreitung wird mit der Basisreproduktionszahl (RO) angegeben. Das RKI teilte im März 2020 folgende RO-Schätzungen mit: Anfang März über 2,0, in der Zeit vom 8. bis 12. März über 3,0 (Höhepunkt am ca. 10. März), am 16. März ca. 1,8 und ab 21. März unter 1,0.[32] Ab dem ca. 20. März lag der RO-Faktor nach Schätzung des RKI bei 1,0 oder darunter.[33] Die Zahlen ab Juli liegen bei rund 1,5. Möglicherweise sind sie gestiegen, weil die Menschen im Sommer nicht mehr so sehr auf die Abstandsregel achten. Der bei Beachtung von Abstandsregeln dauerhaft erzielbare Faktor dürfte bei unter 2,5 liegen. Jedenfalls ist der RO-Faktor bei COVID-19 ohne Schutzmaßnahmen größer (nämlich bei 2,4 bis 3,3[34]) als derjenige bei der Influenza ohne Schutzmaßnahmen.

Im Februar hatte die Bundesregierung noch nicht mit dem RO-Faktor argumentiert, sondern mit der Verdoppelungszeit. Zunächst wurde die Maxime ausgegeben, dass die Zeit, innerhalb welcher sich die Ansteckungsanzahl (Infizierte statt Erkrankte) verdoppelt, nicht über zehn Tage betragen dürfe. Nach ein paar Wochen wurde diese Zeitspanne auf „nicht über 14 Tage“ verlängert und schließlich aufgegeben und durch den RO-Faktor ersetzt.

Die Corona-Schutzmaßnahmen wurden zu einem Zeitpunkt angeordnet, als der Faktor bei unter 1,0 lag. Verschwörungstheoretiker behaupten, dass die Bundesregierung zu dieser Zeit ihr Ziel geändert habe. Seit Sommer 2020 sei beabsichtigt, mit der Rücknahme sämtlicher Schutzmaßnahmen so lange zuzuwarten, bis ein geeigneter Impfstoff auf den Markt kommt. Bis dahin sollen die Grundrechtseingriffe munter weitergehen. Das ist falsch. Eben weil der RO-Faktor Ende Juli wieder auf rund 1,5 stieg, wird darüber spekuliert, ob die „zweite Welle“ schon im Juli/August begonnen hat.

5. Genesen, aber nicht gesund?

Forschungsbedarf besteht bezüglich der Spätfolgen der Krankheit. So ist festgestellt worden, dass COVID-19 bei einigen Erkrankten noch zwei Monate nach der Erkrankung eine Störung des Immunsystems der Herzmuskel ausgelöst haben dürfte

27 In allen Studien, die weltweit erstellt worden sind, wird die Sterblichkeitsrate mit 0,1 bis 0,36 % als Obergrenze angegeben. Allein nach der wissenschaftlich nicht mehr haltbaren Heinsberg-Studie beträgt die Rate laut Hochrechnung/Schätzung ca. 0,36 %; Studie der Universität Bonn (Virologen *Streeck* u. a.). Die Vorabmitteilung wurde in der Fachwelt kritisiert, weil aus der Zahl der gemeldeten Fälle trotz Nichtkenntnis von der Dunkelziffer hochgerechnet wurde. Der Studien-Vorschau fehlte die Einbeziehung des sog. Konfidenzintervalls; *Becker*, Peinliche Panne in der Heinsberg-Studie, Nordkurier v. 07.05.2020; vgl. LT-Drs. NRW 17/8968 (Kl. Anfrage 3478); LT-Drs. NRW 17/8996 (Kl. Anfrage 3479).

28 SächsOVG, Beschl. v. 30.04.2020 – 3 B 148/20.

29 Fn. 12.

30 SächsOVG (Fn. 28).

31 OVG NRW, Beschl. v. 28.07.2020 – 13 B 675/20.NE –, openJur 2020, 32813; auch SächsOVG, Beschl. v. 03.06.2020 – 3 B 203/20; Beschl. v. 30.04.2020 – 3 B 148/20: *„um so die Ausbreitung des im Wege einer Tröpfcheninfektion besonders leicht von Mensch zu Mensch übertragbaren Coronavirus zu verlangsamen“*.

32 Deutschlandfunk.de, „Covid-19 – Reproduktionszahl, Verdopplungszeit, freie Intensivbetten: Was Kennzahlen zum Coronavirus aussagen“ v. 29.04.2020.

33 RKI, Epidemiologisches Bulletin 17/2020; inzw. überarbeitet; am 20.03.2020: 0,9.

34 SächsOVG (Fn. 28): *„Grundlage dieser Schätzungen ist die so genannte Basisreproduktionszahl von COVID-19. Sie beträgt ohne die Ergreifung von Maßnahmen 2,4 bis 3,3.“*

(mittelbarer Schaden).[35] Jedenfalls sind die Schäden, statistisch gesehen, offenbar nicht groß. Das RKI und die auf das RKI verweisende Rechtsprechung jedoch suggerieren das Gegenteil. Das OVG Bremen hält fest: „*Die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland wird weiterhin insgesamt als hoch eingeschätzt, für Risikogruppen als sehr hoch. Zwar verläuft die Krankheit COVID-19 in der überwiegenden Zahl mild, die Wahrscheinlichkeit für schwere Krankheitsverläufe nimmt mit zunehmendem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu.*“[36]

6. Ergebnisse

Das Virus SARS-CoV-2 schädigt zweifelsohne. Die Grippeviren auch. Eine Übersterblichkeit wegen COVID-19 konnte zu keinem Zeitpunkt festgestellt werden. Die Krankheit COVID-19 ist auch im Übrigen nicht wesentlich folgenschwerer als die Influenza. Bleibende Organschäden o.a. sind noch nicht bekannt geworden. Der einzige signifikante Unterschied besteht in der unterschiedlichen Übertragungsgeschwindigkeit.

Die Anzahl der Infizierten und die Anzahl der Erkrankten werden vom RKI wissenschaftlich falsch ermittelt. Die Zahl der Erkrankten wird vom RKI überhaupt nicht verwendet. Infolgedessen bieten die Defizite im Zahlenwerk des RKI Anlass sowohl für berechtigte Kritik als auch für unberechtigte Verschwörungstheorien. Wer die Zahlen des RKI nicht richtig auswerten kann, läuft Gefahr, seine Entscheidungen nach §§ 32, 28 IfSG auf unzutreffende Fakten zu stützen und Grundrechtsverletzungen zu begehen. Die Politik des Bundes jedenfalls beruhte ein Stück weit auf Sorge und Angst. In einem „Szenarienpapier COVID-19“ der Bundesregierung von März/April 2020 hieß es zur „Lage und Strategie“: „*Das pandemische COVID-19-Virus ist für die Politik, Gesellschaft und Wirtschaft in Deutschland und Europa die größte Herausforderung seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs. ... Was ist zu tun? 1) Kommunikation: Der Worst Case ist mit allen Folgen für die Bevölkerung in Deutschland unmissverständlich, entschlossen und transparent zu verdeutlichen. ... [So] wird ... die Akzeptanz und Sinnhaftigkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen erhöht.*“[37] Das Worst-Case-Szenario ging vom ca. 14. Mai als intensivsten Tag betreffend die Intensivbettenbelegung und die Beatmungsstationsbelegung aus.[38] Die Anzahl der Todesfälle sollte diesem Szenario zufolge auf 1,2 Millionen Ende Mai schnellen.[39] Ziel war es weiterhin, den Kollaps des Krankenhaussystems zu verhindern: „*Unbedingte Voraussetzung dafür ist, dass die Strategie zur Eindämmung und Kontrolle von Covid-19 auch tatsächlich konsequent durchgesetzt wird. Denn ginge man zu zaghaft vor, würde ebenso die Überlastung der Kapazitäten der Gesundheitsversorgung drohen wie bei einer anfänglich erfolgreichen, dann aber zu früh gelockerten Strategie.*“[40] Die schwedische Regierung reagierte gelassener. Für eine Endbeurteilung ist es noch zu früh.

Die bekannten Zahlen verdeutlichen, dass auch die Influenza nicht unterschätzt werden sollte. Während der ungewöhnlich starken Grippewelle in 2017/2018 verstarben nach Angaben des RKI 914, nach der sog. Exzess-Schätzung des RKI möglicherweise sogar 25 100 aller Erkrankten.[41] Es stellt sich die politische Frage, ob und was künftig bezüglich beider Krankheiten unternommen werden sollte, und zwar unabhängig von der Tatsache, dass die eine Epidemie eine solche von nationaler Tragweite war/ist (COVID-19) und die andere nicht (Influenza).

III. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Keine Landesregierung bzw. kein Landesgesundheitsministerium erließ bisher eine Grippeschutzverordnung, obwohl auch die Influenza tödlich sein kann und zur Risikogruppe die älteren Menschen gehören.

Die höhere Übertragungsgeschwindigkeit des Virus SARS-CoV-2 kann nur theoretisch den Zusammenbruch der öffentlichen Gesundheitsversorgung bewirken. Wären alle 83 Millionen Einwohner Deutschlands gleichzeitig infiziert, begäben sich voraussichtlich bis zu 6 % auf die Intensivstation eines Krankenhauses.[42] Das wären bis zu fünf Millionen Einwohner und zu viele. Die Kapazitätsgrenze in Deutschland liegt bei inzwischen etwa 0,7 % der Bevölkerung. In der Realität jedoch stecken sich nicht so viele gleichzeitig an. Jüngste Studien in Sachsen haben ergeben, dass sich die schulpflichtigen Kinder nahezu überhaupt nicht infizieren, geschweige denn erkranken.[43] Die Krankenhäuser in Deutschland würden erst dann am Limit ihrer Leistungsfähigkeit angelangt sein, wenn mindestens 580 000 Menschen gleichzeitig infiziert sind.[44] Das RKI ging für Juli 2020 von in etwa gleichbleibend 5 000 „aktiven Fällen“ (Neuinfektionen, Infizierte) aus.[45] Das ergibt eine Krankenhauskapazitätsauslastung von 1 %. Auch wenn die zweite Welle kommt, dürfte sich hieran nicht wesentlich etwas ändern. Das vom Bund in den Materialien dargelegte Ziel der IfSG-Gesetzgebung 2020, nämlich das Verhindern der Überlastung des Gemeinwesens, insbesondere der Krankenhäuser, einschließlich des Verhinderns der Unterversorgung mit medizinischen Produkten wie Infektionsschutzmitteln und Mund-Nasenschutz-Masken außerhalb der Krankenhäuser, ist kausal durch das Aufstocken der Zahl der Intensivbetten und durch die Beschaffung des medizinischen Materials erreicht worden. Mit einer Verschlechterung der Versorgungslage, insbesondere bei Beachtung eines Abstands von 1,5 Metern und beim Tragen einer Schutzmaske, ist nicht mehr zu rechnen. Das OVG Nordrhein-Westfalen schreibt nichtsdestotrotz: „*Auch wenn sich das Infektionsgeschehen aufgrund der ergriffenen Maßnahmen in letzter Zeit verlangsamt hat und insbesondere die Anzahl der festgestellten Neuinfektionen rückläufig ist, besteht die Gefahr der Verbreitung der Infektion und daran anknüpfend einer Überlastung des Gesundheitswesens mit gravierenden Folgen für die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung fort.*“[46] Dem ist nicht so. Nach §§ 32, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 IfSG trifft die Landesregierung/Behörde, nachdem Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt worden sind, die notwendigen Schutzmaßnahmen, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Die Behördenverpflichtung „soweit“ ist für alle Maßnahmen außer a) Abstands- und Maskentragungsregeln und b) Hotspot-Bekämpfungen entfallen.

35 *Puntmann/Carerj/Wieters* et al., Outcomes of Cardiovascular Magnetic Resonance Imaging in Patients Recently Recovered From Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), in: JAMA Cardiology 2020 v. 27.07.2020; vgl. SächsOVG, Beschl. v. 11.05.2020 – 3 B 173/20.

36 OVG Bremen, Beschl. v. 31.07.2020 – 1 B 200/20.

37 BReg, Szenarienpapier COVID-19, S. 1.

38 BReg (Fn. 37), S. 5.

39 Vgl. die viel geringeren Zahlen in BT-Drs. 17/12051; zu den ärztlichen Entscheidungen bei der Auswahl der Patienten *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398.

40 BReg (Fn. 37), S. 8.

41 Fn. 16.

42 Vgl. SächsOVG (Fn. 28): „*Bei 81 % der Patienten ist der Verlauf mild, bei 14 % schwer und 5 % der Patienten sind kritisch krank.*“ Hier 5 statt 6 %.

43 MDR Sachsen, „Universität Leipzig: Corona-Schulstudie in Sachsen: Keine Testpersonen infiziert“, v. 03.08.2020; vgl. SächsOVG, Beschl. v. 10.06.2020 – 3 B 194/20.

44 35 000 Stationen geteilt durch 0,06. Wären von den 83 Millionen Menschen 9 % gleichzeitig infiziert, wären dies rund 7,5 Millionen Menschen. Von diesen müssten ca. 6 % auf die Intensivstation: rund 450 000 Menschen; vgl. *Wüstenberg*, GewArch 2020, 241, 245.

45 Fn. 22.

46 OVG NRW, Beschl. v. 28.07.2020 – 13 B 675/20.NE –, openJur 2020, 32813; i.E. auch SächsOVG, Beschl. v. 30.04.2020 – 3 B 148/20.

1. Ziele, Zwecke und Mittel

Die Vorstellung und die Zweckbestimmung, dass „jeder Tote einer zu viel" ist, führen zu unverhältnismäßigen Maßnahmen und damit zu Grundrechtsverletzungen. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gilt nicht absolut. Die Politik ist fortwährend an Art. 1 Abs. 3 GG gebunden; Art. 20 Abs. 3 GG. Grundrechtseingriffe müssen, gemessen an Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, einen wirksamen Schutz bieten. Hinsichtlich des Ergreifens und des Fortbestehens der verschiedenen Maßnahmen als Mittel zum Ziel steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, allerdings nur nach dem Grundgesetz. Nach dem Infektionsschutzgesetz betreffend den Infektionsschutz ist dieser Spielraum durch § 28 IfSG verkleinert („soweit und solange"). Auch diese Verkleinerung ist bindend; Art. 20 Abs. 3 GG. § 28 IfSG konkretisiert den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Maßnahmen dürfen deshalb nicht ohne Berücksichtigung der das Berufs- und Wirtschaftsleben betreffenden Grundrechte in Kraft gesetzt und umgesetzt werden. Nicht jeder Zweck heiligt die Mittel, insbesondere nicht die jedermann betreffenden Ausgangssperren[47] oder Verbote von Privatpartys[48], die Verbote von Zusammenkünften/Ansammlungen kleiner Menschengruppen[49], die Verbote von Großveranstaltungen und Versammlungen[50] oder die die Betreiber von Ladengeschäften treffenden Betriebsverbote.[51],[52] Eine Beschränkung der Schutzmaßnahmen auf Risikogruppen[53] wäre möglich, ist jedoch nur bei legitimem Ziel rechtmäßig.

Ein politisches Mittel kann es sein, alles dafür zu tun, dass eine bestimmte Obergrenze an Infektions- oder Krankheitsfällen nicht überschritten wird. Beispiele sind die Abstandsregeln und die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes (z. B. § 2 SächsCoronaSchVO). Politisches Mittel kann es auch sein, die Rückverfolgbarkeit der Infektionswege zu gewährleisten. Beispiel sind die datenschutzrechtlichen Bestimmungen (z. B. § 7 Abs. 1 Sätze 3 bis 7 SächsCoronaSchVO).[54]

2. Regionaler Unterschied

Die infektionsschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert es, dass anlassbezogen und auch regional differenziert beurteilt wird (Beispiel Hotspot-Bekämpfung). *„Ein regional differenziertes Vorgehen ist mittlerweile richtig und wird auch so durchgeführt. Insofern ist es widersprüchlich, weiterhin eine epidemische Lage von nationaler Tragweite anzunehmen, bei der davon ausgegangen wird, dass das Infektionsgeschehen bundesweit nicht beherrschbar ist. Im Gegenteil werden inzwischen regional sogar zahlreiche Beschränkungen aufgehoben, ohne dass die Infektionszahlen dadurch wieder zunehmen."*[55]

Die Zahlen vor Ort resultieren teils aus der Topografie. Influenza und COVID-19 sind Krankheiten, die die Atemwege stören. Sie treten vermehrt dort auf, wo die einzuatmende Luft zwischen den Menschen nicht schnell genug gegen unverseuchte Luft ausgetauscht wird. Die Raumluft eines Gebäudes mittels Klima- und Lüftungsanlage beispielsweise schichtet die Atemluft lediglich um und ersetzt sie nicht. Die Infektionsrate in Gebäuden (z. B. Schlachthöfen) ist größer als im Freien. Was im kleinen Maßstab gilt, gilt auch im Großen. In Gebirgslagen (z. B. Erzgebirge, Harz, Schwarzwald, Alpen) oder an der Küste (Inseln, Nordostdeutsche Seenplatte) sorgt der Wind für permanenten Luftaustausch. Ob man auf einer Insel wie Sylt oder Rügen oder in einer sich durch viele Gebäudefassaden aufheizenden Großstadt wie Leipzig oder Stuttgart lebt, macht einen Unterschied. Weiterhin lässt sich in Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte eine vergleichsweise geringe Ansteckungszahl beobachten.

In der Rechtsprechung wird der Blick zunehmend auf die Landesebene gerichtet.[56] Die Situation vor Ort wird in Einzelfällen abstrakt angesprochen: *„Diese Gefährdung variiert von Region zu Region. Die Belastung des Gesundheitswesens hängt maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen (Isolierung, Quarantäne, physische Distanzierung) ab und ist aktuell in weiten Teilen Deutschlands gering, kann aber örtlich hoch sein."*[57] Es kommt auf die Gesundheitsversorgung in den örtlichen Krankenhäusern an.[58] In touristischen Gebieten ist die Anzahl der erwarteten Touristen und damit der erwarteten Patienten nur begrenzt einzubeziehen.[59]

Wird die Gefährdungslage regionaler, d. h. fällt der nationale Pandemie-Status mit seiner Quantität (s. o. unter Ziffer I.) weg, müssen sich Bundes- und auch Landesebene zurückziehen und die Schutzmaßnahmen den örtlichen Behörden überlassen; Tatbestandsmerkmal „soweit" in § 28 IfSG. Ein vorbeugender Schutz auf Vorrat in der Phase des schrittweisen Ausstiegs aus der Pandemie ist rechtswidrig.

IV. Fazit

In der Zeit des Ausstiegs aus dem Lockdown ist der Aufwand der Maßnahmenbegründung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie im Rahmen der Überprüfung der Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes ein viel größerer und differenzierterer. Zudem wird er ein auf die örtlichen Gegebenheiten bezogener. Die in der Einstiegsphase angenommene Gefahrensituation muss detailliert überprüft werden.

Der Zweck, das deutschlandweite Gesundheitssystem vor dem Kollaps zu bewahren, war anfangs legitim. Die Berechtigung fiel jedoch ca. im Mai 2020 wegen nicht mehr vorhandener Gefährdungsmöglichkeit weg. Die Gefahr der Überlastung des Krankenhaus- oder Gemeinwesens kann allenfalls noch auf örtlicher Ebene bestehen.

Das Beenden der Schutzmaßnahmen (Mittel) muss ausprobiert werden. Es sind nicht mehr alle Maßnahmen geeignet und/oder erforderlich.[60] Der Tatbestand „soweit und solange" gebietet den „Versuch und Irrtum". Auch hier ist die Stringenz hinsichtlich des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Betroffenen zu beachten.

47 Näher *Schmitt*, NJW 2020, 1626; *Labrenz*, SächsVBl. 2020, 212, 215 mit Fn. 51 unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz.
48 Speziell zu Sachsen *Labrenz*, SächsVBl. 2020, 212, 219.
49 Näher *Wüstenberg*, NWVBl. 2020, 276, 278 ff.
50 Hierzu *Labrenz*, SächsVBl. 2020, 212, 216 ff.
51 *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 ff.; *Wüstenberg*, GewArch 2020, 241, 244 f.; *Frenz*, GewArch 2020, 246, 246 f.
52 Geprüft werden muss, ob die einzelnen Regeln, Ausnahmen und Ausnahmen von den Ausnahmen verhältnismäßig (hierzu *Leitmeier*, DÖV 2020, 645), zum anderen in sich widerspruchsfrei sind, insb. im Vergleich zu anderen Schutzmaßnahmen wie z. B. diejenigen nach dem Landesnichtraucherschutzgesetz (SächsNSG v. 26.10.2007 [SächsGVBl. 2007 S. 495], zuletzt geändert durch Gesetz v. 28.06.2018 [SächsGVBl. 2018 S. 458]]); vgl. BVerfGE 121, 317 = NJW 2008, 2409 = DVBl. 2008, 1110 – Nichtraucherschutz; BVerfGK 16, 199 = NVwZ 2010, 38 – Bayerisches Rauchverbot; BVerfGK 14, 132 = NJW 2008, 2701 = DVBl. 2008, 1179 – Raucherclub. Zur Verkaufsraumflächengrenze von 800 qm: SächsVerfGH, Beschl. v. 30.04.2020, SächsVBl. 2020, 254; erg. *Frenz*, GewArch 2020, 246, 246 f.
53 *Labrenz*, NWVBl. 2020, 265, 270; *ders.*, SächsVBl. 2020, 212, 216; zu Pflegeheimen *Glaab/Schwedler*, NJW 2020, 1702.
54 Zutreffend *Frenz*, GewArch 2020, 246, 247.
55 BT-Drs. 19/20046, 3.
56 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.07.2020 – 11 S 65.20 –, openJur 2020, 42663: *„in Brandenburg sind mehr als 3 400 Menschen infiziert worden und 167 Menschen infolge der Erkrankung verstorben"*; OVG Bremen, Beschl. v. 31.07.2020 – 1 B 200/20, n.v.: *„treten täglich weitere Infektionsvorgänge im Gebiet der Freien Hansestadt Bremen auf."*
57 OVG Bremen, Beschl. v. 31.07.2020 – 1 B 200/20, n.v.
58 Vgl. VG Oldenburg, Beschl. v. 31.03.2020 – 7 B 709/20, n.v.; VG Schleswig, Beschl. v. 08.04.2020 – 1 B 44/20 –, openJur 2020, 6908.
59 Zu den innerdeutschen Reisebeschränkungen *Wüstenberg*, RRa 2020, 106.
60 Ebenso *Labrenz*, SächsVBl. 2020, 212, 215, 218.

Die Schutzmaßnahmen betreffend COVID-19 müssen zwecks Vermeidung eines Widerspruchs der Maßnahmen untereinander schließlich mit denen hinsichtlich der Influenza verglichen werden. Zahlen statt Angst. Signifikante Unterschiede beider Krankheiten gibt es nach heutigem Kenntnisstand, von der Ausbreitungsgeschwindigkeit abgesehen, nicht. Spätfolgen können noch nicht plausibel aufgezeigt werden. Könnte allein die Ausbreitungsgeschwindigkeit jeden Eingriff rechtfertigen, stünden wegen lokaler Grippe-Epidemie in fast jedem Herbst und Frühling Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG an.

Das Grundrecht auf die Heimat

Von Robert Gmeiner, Bielefeld*

Außer der Landesverfassung Baden-Württembergs (Art. 2 Abs. 2 BWVerf) enthält nur noch die sächsische Landesverfassung in ihrem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 ein Recht auf die Heimat. In der Rechtsprechung spielt die Bestimmung zwar keine Rolle, allerdings ist in der Literatur die Frage zum subjektiven Gehalt und damit der Einordnung der Norm als Grundrecht umstritten.

I. Mögliche Anwendungsbereiche

Bevor der Frage nachgegangen wird, ob Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf ein subjektives Recht darstellt, sollen einige mögliche Anwendungsbereiche beleuchtet werden, in denen die Verfassungsbestimmung eine Rolle spielen kann.

Zunächst ist an Großvorhaben und vergleichbare Vorhaben zu denken. Der Mensch ist kein isoliertes Wesen, sondern steht in einer dynamischen Wechselbeziehung zu seiner Umwelt.[1] Wie die regelmäßigen Proteste gegen Windräder oder Hochspannungsleitungen zeigen, sind (einige) Anwohner nicht bereit, die Veränderungen ihrer Umwelt zu akzeptieren, und setzen sich für deren Erhalt ein. Mit ihren Protesten wollen sie den Schutz ihrer Heimat bezwecken.[2] Sofern man in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf ein Grundrecht sieht, steht den Anwohnern ein wehrfähiges Recht i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO gegen behördliche Entscheidungen, die nachhaltig in die Umwelt des Anwohners eingreifen, zu.

Einen aktuellen – wenn auch nur temporären – Anwendungsfall stellte § 6 Abs. 1 Nr. 3 SächsCoronaSchV a. F.[3] dar.[4] Danach waren u. a. Volksfeste bis zum Außerkrafttreten der Verordnung ausnahmslos verboten. Handelt es sich beim Recht auf Heimat nicht nur um ein Staatsziel, sondern ein Grundrecht, muss das Verbot wie jede andere Grundrechtseinschränkung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dabei ist wiederum zu beachten, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf vorbehaltlos gewährleistet ist, was für die Schrankenebene von Bedeutung ist.

Ein weiterer Anwendungsbereich des Rechts auf Heimat kann das Ausländerrecht darstellen.[5] Dies ist in Baden-Württemberg, wo in Art. 2 Abs. 2 BWVerf eine mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf vergleichbare Regelung besteht, erfolgt. Dort wurde das Recht auf Heimat in einem ausländerrechtlichen Verfahren fruchtbar gemacht, in der das VG Karlsruhe eine behördliche Aufenthaltsversagung mit Verweis auf Art. 2 Abs. 2 BWVerf aufhob. In dem Urteil hat das Verwaltungsgericht ausgeführt: *„Verfehlt ist nach Auffassung des Gerichts bereits der Ausgangspunkt dieser Erwägungen, wonach sich der Aufenthaltszweck des 13 Jahre alten und, in der Bundesrepublik geborenen Klägers auf ein Zusammenleben mit seinen Eltern bzw. mit seiner Mutter beschränkt habe. Diese Auffassung begreift den Kläger nicht als Rechtssubjekt, sondern als bloßes ‚Beziehungsobjekt' seiner Eltern und verkennt, daß den Bindungen und Beziehungen des Klägers mit seiner Umwelt hier in der Bundesrepublik ein eigenständiger und hoher Rang zukommt. Diese Bindungen und Beziehungen sind aber als schutzwürdige Belange des Klägers bei der angefochtenen Verfügung nicht hinreichend berücksichtigt worden. Hierzu wäre die Beklagte auch aufgrund der verfassungsrechtlichen Bestimmung des Art. 2 Abs. 2 Landesverfassung verpflichtet gewesen. Auch wenn diese Bestimmung kein Grundrecht auf die Heimat normiert, sondern lediglich ein Bekenntnis zum Menschenrecht auf Heimat darstellt, begründet sie doch die Rechtspflicht der Staatsorgane, zur Verwirklichung dieses Menschenrechts das ihnen Mögliche beizutragen. Auch die türkische Staatsangehörigkeit des Klägers ändert nichts daran, daß die Bundesrepublik (oder ein räumlicher Teil hiervon) Heimat für ihn sein kann. Denn Bindungen zu einer Umwelt, mit der der Einzelne durch Geburt oder Lebensumstände verwachsen ist[,] kann auch ein hier geborener und aufgewachsener Ausländer eingehen."*[6]

II. Meinungsstand

Obzwar die Landesverfassungen aufgrund der getrennten Verfassungsräume zwischen dem Bund und den Ländern auch bei Wortgleichheit der Verfassungsbestimmungen nicht an die bun-

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht (*Prof. Dr. Hellermann*) an der Universität Bielefeld.

1 *Linton*, Gesellschaft, Kultur, Individuum, 1974, S. 71; vgl. auch *Triandis*, Psychological Review 96 (1989), 506, 511.

2 *Marg*, in: Hoeft/Messinger-Zimmer/Zilles (Hrsg.), Bürgerproteste in Zeiten der Energiewende, 2017, S. 221, 224 f., 227. Freilich ist zu beachten, dass die Heimat in diesem Sinn ein politischer Kampfbegriff und kein Rechtsbegriff ist.

3 Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 (Sächsische Corona-Schutz-Verordnung – SächsCoronaSchVO) vom 12.05.2020 (SächsGVBl. S. 206).

4 Auf diesen Fall weist bereits *Müller*, Verfassung des Freistaats Sachsen, 1993, Art. 5 Anm. 1 a.E. hin.

5 Zur Geltung der Landesgrundrechte bei der Anwendung materiellen Bundesrechts: SächsVerfGH, Beschl. v. 25.06.1998, LVerfGE 8, 320, 324; Beschl. v. 29.01.2004 – Vf. 22-IV-03, B.I.2.c) bb) der Entscheidungsgründe; *Niedobitek*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VIII, 2018, § 257 Rn. 24.

6 VG Karlsruhe, Urt. v. 19.10.1984 – 8 K 145/84, S. 7 f. (unveröffentlicht). Zur besseren Lesbarkeit wurden Literaturnachweise entfernt. Das Urteil wurde vom VGH BW (Urt. v. 18.03.1985 – 13 S 3172/84 [unveröffentlicht]) aufgehoben und vom BVerwG (Urt. v. 16.09.1986, BVerwGE 75, 26) wiederhergestellt. Der VGH BW hat in seinem Urteil (S. 15 f.) die Ansicht des VG zu Art. 2 Abs. 2 BWVerf ausdrücklich abgelehnt; das BVerwG hat sich freilich mit Blick auf § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO insoweit nicht geäußert.